

17ª. AULA. Direito e subsistemas sociais.

TEXTO:

ALEXY, Robert, *Conceito e validade do direito*, Tradução de Gercília B. O. Mendes, São Paulo, Martins Fontes, 2011, ps. 105 a 126.

CASO PRÁTICO: O CASO DO TRANSPORTE PÚBLICO

Uma empresa de transportes resolve exigir um cadastro, visando disciplinar a forma com a qual os idosos acessam o serviço de transportes da cidade. Durante alguns meses, os idosos da cidade não podem ter acesso ao transporte público, sem antes “passar na empresa” e, enfrentando filas de horas, “deixar um cadastro completo e cópias de documentos pessoais” na secretaria da empresa.

A empresa se justifica, apresentando a necessidade de evitar fraudes, bem como manter um controle mais direto sobre a frequência de idosos aos serviços de transporte, nas diversas linhas que circulam pelos bairros da cidade. Alega, ainda, que o cadastro somente pode beneficiar os idosos, na medida em que tem condições de lhes oferecer um serviço mais seguro, sabendo-se que o cadastro será efetuado em tempo hábil para não prejudicar o usufruto de seus direitos, além de ser gratuito.

O Ministério Público, entrevendo violação de direitos difusos e coletivos, judicializa a questão, considerando tratar-se o acesso ao transporte público um direito que não pode ser condicionado por outras quaisquer exigências.

Mas, do ponto de vista do sistema jurídico, deve-se saber se são os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 8.078/1990, que protegem o consumidor, que serão aplicados ao caso, considerando-se a sua situação de vulnerabilidade na relação de consumo, ou ainda, se são os dispositivos do Estatuto do Idoso, a Lei n. 10.741/2003, que protege os idosos em face de sua específica situação de vulnerabilidade em função da idade, que serão aplicados ao caso.

Diante da complexidade do caso, requer-se nos autos do processo a apresentação do parecer de um(a) jurista, que leva em consideração precedentes judiciais sobre a matéria, como se estabelecem as relações entre as normas jurídicas, sustentando uma posição sobre o conceito de sistema jurídico, e, a partir dela, demonstrando a solução a ser conferida ao caso concreto. Assim:

1. No lugar de renomado(a) jurista, emita um parecer, em torno do caso concreto, apresentando a sua opinião sobre a noção de sistema jurídico sustentada numa concepção teórica, e sobre a possível aplicação da técnica do diálogo das fontes, valendo-se de embasamento filosófico, doutrinário, jurisprudencial e legal. Aponte, além disso, que medidas podem ser tomadas pela justiça, para a reparação de danos aos interesses difusos.

positivista; se também engloba elementos da validade moral, trata-se de um conceito não positivista de validade jurídica.

O fato de um conceito de validade jurídica plenamente desenvolvido, como conceito positivista, incluir elementos da validade social e, como conceito não positivista, elementos da validade social e da validade moral não exclui a possibilidade de formar um *conceito da validade jurídica em sentido estrito*, que se refira exclusivamente a propriedades específicas da validade jurídica e, dessa forma, constitua um conceito de contraste em relação aos conceitos de validade social e validade moral. Fala-se de um conceito desse tipo quando se diz que uma norma é *juridicamente* válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento.

O conceito jurídico de validade cria dois problemas: um interno e outro externo. O problema interno resulta do fato de a definição de validade jurídica já pressupor a validade jurídica, parecendo ser, nessa medida, circular. De que outra forma se deve dizer o que é um "órgão competente" ou o que é a promulgação de uma norma "segundo a forma prevista"? Esse problema leva àquela da norma fundamental. O problema externo consiste na determinação da relação entre o conceito jurídico de validade e os outros dois conceitos de validade. A relação com o conceito ético de validade já foi tratada na discussão sobre o positivismo jurídico. Continua em aberto a relação com o conceito sociológico de validade. Num primeiro momento, será discutido o problema externo, retomando-se mais uma vez, por razões sistemáticas, a relação com o conceito ético de validade.

II. Colisões de validade

Os casos extremos permitem distinguir o que é praticamente imperceptível em situações normais. No âmbito dos conceitos de validade, os casos extremos compõem-se de colisões de validade. Primeiramente será abordada a colisão entre validade jurídica e validade social.

I. VALIDADE JURÍDICA E SOCIAL

Já ficou demonstrado que o que vale para sistemas normativos não vale necessariamente para normas individuais. Por isso, numa primeira etapa, serão examinados apenas os sistemas normativos.

1.1. Sistemas normativos

A condição da validade jurídica de um sistema normativo é que as normas que o integram sejam socialmente eficazes, isto é, socialmente válidas *em termos globais*⁴.

4. Kelsen, 1960, p. 219.

Aqui serão examinados apenas sistemas jurídicos desenvolvidos. A validade jurídica das normas de um sistema jurídico desenvolvido baseia-se numa constituição, escrita ou não, que determina quais são os pressupostos para que uma norma integre o sistema jurídico e, portanto, seja juridicamente válida. O fato de normas individuais – que, segundo os critérios de validade da constituição, são juridicamente válidas – perderem sua validade social ainda não significa que a constituição e, por conseguinte, o sistema normativo que nela se baseia perdem sua validade jurídica como um todo. Esse limiar só é ultrapassado quando as normas integrantes do sistema normativo deixam de ser socialmente eficazes em termos globais, ou seja, quando já não são observadas ou quando sua não observância deixa de ser punida em termos globais.

O problema da validade de um sistema normativo como um todo aparece com maior nitidez quando dois sistemas normativos incompatíveis concorrem entre si. Essa situação pode surgir, por exemplo, no caso de uma revolução, de uma guerra civil ou de uma secessão. É fácil dizer o que será válido após a vitória de uma ou de outra parte. Passa a valer o sistema normativo que se impôs em relação ao outro, pois o fato de ele se ter imposto significa que, a partir de então, é o único sistema normativo globalmente eficaz. O que não é tão fácil de dizer é o que é válido durante o período de concorrência dos sistemas normativos, ou seja, enquanto durar a luta política. Existem três possibilidades. A primeira é que nenhum dos dois seja válido como sistema normativo, já que nenhum deles é socialmente eficaz em termos globais. A segunda possibilidade é que já passe a valer o sistema normativo que, ao final, sairá vencedor, embora ninguém saiba qual será. A terceira possibilidade é que o

antigo sistema normativo, apesar de já não ser socialmente eficaz em termos globais, continue valendo enquanto o novo não se tiver imposto, ou seja, não se tiver tomado socialmente eficaz em termos globais. Investigar essas possibilidades, incluídas suas numerosas formas intermediárias, é tarefa de uma teoria da mudança do sistema jurídico.

Hoerster cita como característica do conceito de direito o fato de um sistema normativo só ser um sistema jurídico, ou seja, só ser juridicamente válido quando, "em caso de conflito aberto, impõe-se a outros ordenamentos coativos normativos na sociedade"⁷⁸. Esse critério pode ser chamado de "critério da dominância". Ele nada acrescenta ao critério da eficácia social global, pois está contido nele. Um sistema normativo que não se impõe a outros ordenamentos coativos normativos não é socialmente eficaz em termos globais.

1.2. Normas individuais

Uma norma estabelecida conforme o ordenamento de um sistema jurídico socialmente eficaz em termos globais não perde sua validade jurídica apenas por não ser observada com frequência ou por sua não observância ser raramente punida. Por isso, diferentemente do que acontece no caso de sistemas jurídicos, as normas individuais não necessitam de uma eficácia social global para terem validade jurídica. É fácil perceber a razão dessa diferença. Pode-se dizer de uma norma individual que ela é válida porque integra um sistema jurídico socialmente eficaz em termos globais. Isso não é lógico no

5. Hoerster, 1987, p. 184.

caso de um sistema jurídico, pois o sistema jurídico que ele poderia integrar só poderia ser ele mesmo.

Não obstante, no caso de normas individuais, também existe uma relação entre validade jurídica e validade social, de modo que uma colisão entre ambas pode ter consequências para a primeira. Com efeito, não é condição da validade jurídica de uma norma individual o fato de ela ser socialmente eficaz em termos globais, e sim o fato de ela apresentar *um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia*. A isso corresponde o fenômeno da derrogação pelo direito consuetudinário (*desuetudo*), que consiste na perda da validade jurídica de uma norma em razão da redução de sua eficácia abaixo daquele mínimo. Assim como no caso da eficácia social global de sistemas jurídicos, não é possível fixar esse mínimo — abstraindo-se o caso da ineficácia total — de modo universalmente exato. Por conseguinte, podem existir casos em que seja extremamente duvidoso se uma norma perdeu ou não sua validade jurídica devido a uma derrogação pelo direito consuetudinário.

2. VALIDADE JURÍDICA E MORAL

Quanto à colisão entre validade jurídica e validade moral, já se falou o necessário por ocasião da crítica do conceito positivista de direito⁶. Aqui, portanto, trata-se exclusivamente de fazer uma comparação da conclusão já obtida com a solução da colisão entre validade jurídica e validade social.

6. Cf. *supra*, pp. 24 ss.

2.1. Sistemas normativos

Sistemas normativos que não formulam explicitamente implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos e, por conseguinte, não podem ter validade jurídica. Esse dado tem poucas consequências práticas, já que sistemas jurídicos realmente existentes costumam formular uma pretensão à correção, por menos justificada que ela seja.

Os problemas relevantes na prática surgem quando a pretensão à correção, embora formulada, deixa de ser cumprida em tal medida que o sistema normativo tem de ser classificado como sistema injusto. Nesse caso, apresenta-se a questão da aplicação do argumento da injustiça a sistemas normativos como um todo. À primeira vista, parece plausível utilizar uma fórmula que corresponda àquela que foi utilizada na solução da colisão entre validade jurídica e validade social, ou seja, sustentar que um sistema normativo perde sua validade jurídica quando é extremamente injusto em termos globais. Contudo, a discussão sobre as teses da irradiação e do colapso mostrou que essa solução não vem ao caso⁷. O campo de aplicação do argumento da injustiça limita-se a normas individuais. O sistema só deixa de existir como sistema jurídico a partir do momento em que, em virtude do argumento da injustiça, deva-se contestar o caráter jurídico de uma quantidade tal de normas que a reserva mínima de normas necessária à existência de um sistema jurídico deixa de existir. Todavia, isso não é uma consequência da aplicação do argumento da injustiça ao sistema jurídico como um todo, mas uma consequência das consequências de sua aplicação a normas indivi-

7. Cf. *supra*, pp. 76 ss.

duais. Assim, pois, no que concerne aos sistemas jurídicos, há que se constatar uma assimetria entre a relação de validade jurídica e validade social, de um lado, e de validade jurídica e validade moral, de outro. Essa assimetria consiste no fato de a validade jurídica de um sistema jurídico como um todo depender mais fortemente da validade social do que da validade moral. Um sistema jurídico que não seja socialmente eficaz em termos globais entra em colapso como sistema jurídico. Em contrapartida, um sistema jurídico pode conservar sua existência como tal, embora não possa ser moralmente justificado em termos globais. Ele só entra em colapso quando, devido à extrema injustiça, for preciso contestar o caráter jurídico e, por conseguinte, a validade jurídica de tal quantidade de normas individuais que a reserva mínima de normas necessária à existência de um sistema jurídico deixa de existir.

Cria-se um conceito adequado de direito quando três elementos são relacionados: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material⁸. A partir disso, fica claro que à legalidade conforme o ordenamento devem-se acrescentar a eficácia social e a correção material não numa relação geral qualquer, e sim numa relação ordenada e escalonada.

2.2. Normas individuais

As normas individuais perdem seu caráter jurídico e, com isso, sua validade jurídica quando são extremamente injustas. Esse critério corresponde, em sua estrutura, à fórmula de que uma norma individual perde sua validade

de jurídica quando não apresenta um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia⁹. Em ambos os casos, faz-se referência a um caso-limite. Em vez de afirmar que uma norma individual deve apresentar um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia, também seria possível dizer que ela não pode ser extremamente ineficaz e ter uma possibilidade extremamente insignificante de eficácia. Inversamente, seria possível substituir a fórmula segundo a qual uma norma perde sua validade jurídica quando é extremamente injusta por aquela segundo a qual o pressuposto da validade jurídica de uma norma individual é que ela apresente um mínimo de justificabilidade moral¹⁰. Contudo, esta última fórmula induz a falsas interpretações. Uma norma, como tal, também carece de um mínimo de justificabilidade moral quando não é extremamente injusta, mas apenas injusta, pois uma norma injusta não pode, como tal e também por essa razão, ser justificada numa escala mínima. Apesar disso, uma norma meramente injusta pode ser juridicamente válida. Porém, segundo a fórmula que se baseia num mínimo, isso pressupõe que ela apresente um mínimo de justificabilidade moral. Para resolver essa contradição, há que se referir o conceito do mínimo de justificabilidade moral não a normas individuais como tais, mas à validade jurídica de normas individuais. Devido às vantagens morais da existência de um sistema jurídico, a validade jurídica de uma das normas que o integram pode apresentar um mínimo de justificabilidade moral quando a norma, tomada em si, não o apresenta por ser injusta. Logo, a fórmula que se baseia num mínimo pressupõe ponderações complicadas quando referi-

9. Cf. *supra*, pp. 107 s.

10. R. Dreier, 1981a, p. 198.

8. Cf. *supra*, pp. 15 s.

da à justificabilidade moral. Por essa razão, merece prioridade o simples critério da injustiça extrema.

À guisa de conclusão, cabe assinalar que o papel da validade social e o da validade moral, no âmbito do conceito da validade jurídica, apresentam estruturas análogas quando se trata de normas individuais. Em ambos os casos, faz-se referência apenas a um caso-limite. Isso é a expressão do fato de que a legalidade conforme o ordenamento, nos limites de um sistema jurídico socialmente eficaz, constitui o critério dominante da validade de normas individuais, fato esse que é diariamente confirmado pela prática jurídica.

III. A norma fundamental

Um conceito de validade jurídica que exclui os elementos da eficácia social e da correção material foi classificado acima como conceito da validade jurídica em sentido estrito. Ao mesmo tempo, notou-se que esse conceito, além dos problemas externos, que consistem na determinação de sua relação com a validade social e com a validade moral, apresenta problemas internos¹¹. Os problemas internos resultam da circularidade da definição de validade jurídica. Esta diz que uma norma é juridicamente válida quando tiver sido promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e não infringir um direito superior; resumindo: quando for estabelecida conforme o ordenamento. Mas os conceitos de órgão competente e ordenamento. Mas os conceitos de órgão competente, de promulgação de uma norma na forma prevista e de direito superior já pressupõem o conceito de validade jurídica. Só se pode fazer referência a um órgão competente em virtude de normas juridicamente válidas, a uma forma juridicamente regulada de promulgar normas e a um direito superior juridicamente vigente. Caso contrário, não se trataria do conceito de validade jurídica em sentido estrito.

11. Cf. *supra*, p. 104.

O instrumento mais importante para desfazer a circularidade contida no conceito de validade jurídica em sentido estrito é a norma fundamental. Sem levar em conta as diversas possibilidades de diferenciação, é possível distinguir três tipos de normas fundamentais: a analítica, a normativa e a empírica. A variante mais importante da norma fundamental analítica é encontrada em Kelsen; da normativa, em Kant; e da empírica, em Hart.

1. A NORMA FUNDAMENTAL ANALÍTICA (KELSEN)

1.1 O conceito de norma fundamental

Uma norma fundamental é uma norma que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, salvo a sua própria. Para chegar à norma fundamental, basta perguntar algumas vezes "por quê?". Kelsen compara a ordem de um gangster para que lhe seja entregue determinada quantia em dinheiro com a requisição de um funcionário do fisco para que a mesma quantia seja providenciada¹². Por que a requisição do funcionário do fisco é uma norma individual juridicamente válida¹³, na forma de um ato administrativo, e a ordem do gangster, não? A resposta é que o funcionário do fisco pode reportar-se a uma autorização legal, enquanto o gangster, não. Mas, então, por que vigoram as leis nas quais o funcionário do fisco se apoia? A resposta é que a constituição autoriza o legislador a promulgar leis desse tipo. Mas por que a constituição é válida? Poder-se-ia

12. Kelsen, 1960, p. 8.

13. Sobre o conceito de norma individual, cf. Alexy, 1985, p. 73.

pensar, então, que a constituição é válida por ser efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, e vincular essa resposta à afirmação de que o ponto extremo foi atingido e de que nada mais há a ser dito. Se isso fosse verdade, as normas da constituição que autorizam o estabelecimento de normas seriam a norma fundamental, complexa em si.

O problema dessa resposta é que ela inclui a transição de um ser para um dever. O ser consiste na legalidade de efetiva e na eficácia social da constituição, que podem ser constatadas com o enunciado:

(2) A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz¹⁴.

O dever é a validade jurídica da constituição, que pode ser asseverada com o enunciado:

(3) A constituição C é juridicamente válida.

Esse enunciado é um enunciado de dever, pois implica a proposição seguinte¹⁵:

(3) Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C.

Entretanto, de um ser — mais exatamente: de uma classe qualquer de enunciados exclusivamente empíricos — nunca resulta *logically*¹⁶ nem sequer um único enun-

14. A razão da numeração que se afasta da sequência externa será esclarecida logo a seguir, quando se resumir o silogismo da norma fundamental.

15. Cf. Kelsen, 1960, p. 196.

16. Ressalte-se que aqui se trata da dedutibilidade lógica. Frequentemente a expressão "resultar" é empregada — ainda que de modo incorreto — para dizer que algo constitui uma boa razão para outra coisa. Naturalmente,

ciado normativo¹⁷. Por isso, para partir de (2) e chegar a (3) ou a (3'), é necessário uma premissa suplementar. Essa premissa suplementar é a *norma fundamental*, que pode ser formulada tanto de modo que permita uma transição de (2) para (3') – nesse caso, (3) deve ser deduzido de (3') – quanto de modo que leve diretamente a (3). Aqui será analisada a segunda variante, que diz:

- (1) Quando uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa constituição.

A partir disso, é possível resumir os enunciados (1), (2) e (3) num *silogismo da norma fundamental* da seguinte forma:

- (1) Quando uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa constituição.
(2) A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz.

enunciados empíricos podem ser boas razões para enunciados normativos. Mas, nesse caso, sempre se pressupõe uma premissa normativa que os transforme em boas razões.

17. A tese de que somente de um ser não resulta um dever pode ser atribuída a Hume. Por isso, ela também é chamada "lei de Hume". Cf. Hume, 1888, p. 469: "I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I'm surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but *is*, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it should be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it." Para uma exposição das questões lógicas ligadas ao problema do dever-ser, cf. Stuhlmann-Laeisz, 1983.

- (3) Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C¹⁸.

Raras foram as ideias da teoria do direito que provocaram tanta polêmica quanto a ideia de uma norma fundamental. A polêmica concentra-se em quatro pontos: a necessidade, a possibilidade, o conteúdo e o *status* da norma fundamental.

1.2. A necessidade de uma norma fundamental

Contra a necessidade de uma norma fundamental, Hart objetou que ela conduziria a uma duplicação desnecessária:

"If a constitution specifying the various sources of law is a living reality in the sense that the courts and officials of the system actually identify the law in accordance with the criteria it provides, then the constitution is accepted and actually exists. It seems a needless reduplication to suggest that there is a further rule to the effect that the constitution (or those who laid it down) are to be obeyed."¹⁹

18. Cf. Kelsen, 1960, p. 219. O silogismo da norma fundamental de Kelsen distingue-se daquele aqui apresentado em quatro pontos. Três são irrelevantes, um é relevante. Irrelevante é que Kelsen formule a norma fundamental de modo categórico: "Devemos nos comportar conforme a constituição efetivamente estabelecida e socialmente eficaz." É possível reformular esse enunciado, sem modificar seu conteúdo, na forma hipotética acima indicada (1), ou seja, num enunciado do tipo "se-então". Ademais, é irrelevante que o enunciado conclusivo (3) refira-se, em Kelsen, não apenas à constituição, mas a todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, Kelsen apenas executa uma etapa que, aqui, não é realizada, mas que também poderia ser efetuada sem problemas. Por fim, também é irrelevante que em (1) e (3) Kelsen não utilize a formulação "ordena-se", e sim "deve-se". Em contrapartida, é relevante que ele só fale que "se deve", enquanto aqui se fala que algo é "juridicamente ordenado". O tema voltará a ser abordado.

19. Hart, 1961, p. 246.

Essa objeção obtém sua força do fato de relacionar a norma fundamental não a coisas como manifestações de vontade, regularidades comportamentais e medidas coativas, que, com sua ajuda, podem ser interpretadas como constituição juridicamente válida, e sim diretamente à realidade institucional de uma constituição praticada. Desse modo, o enunciado seguinte pode ser formulado como premissa única de uma fundamentação do dever jurídico:

(2') Os participantes do sistema jurídico S aceitam e praticam a constituição C.

A questão é saber se disso resulta a conclusão do logismo da norma fundamental:

(3') Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C.

A resposta será afirmativa se interpretarmos (3) da seguinte forma:

(3'') Do ponto de vista de um participante do sistema jurídico S, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C.

O enunciado (3'') resulta do (2''), uma vez que o fato de os participantes de um sistema jurídico aceitarem e praticarem uma constituição significa que, de seu ponto de vista, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa constituição. Ficaria, assim, demonstrado que a norma fundamental é supérflua? Teria Alf Ross razão ao afirmar:

"But the norm itself, according to its immediate content, expresses what the individuals ought to do. What,

then, is the meaning of saying that the individuals ought to do what they ought to do!"²⁰

A resposta é não. O ponto crucial é que, embora seja possível passar de (2') para (3'') sem a necessidade de uma norma fundamental, o próprio (2') pressupõe uma norma fundamental. O fato de os participantes de um sistema jurídico aceitarem e praticarem uma constituição pressupõe que cada um deles interpreta determinados fatos como fatos que criam a constituição, podendo-se tratar de um feixe de fatos muito complexos. Aqui, a pluralidade seria reduzida à duas coisas: primeiro, uma assembleia constituinte votou a constituição e, em segundo lugar, os outros participantes do sistema aceitam e praticam a constituição. Agora, suponhamos um participante do sistema jurídico S que aceita e pratica a constituição C. Pergunta-se a esse participante por que a constituição C é juridicamente válida, pergunta essa que inclui outra: por que se ordena juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C?

O participante poderia tentar esquivar-se dessa questão, afirmando que ela não faz sentido. Para tanto, poderia aduzir, como Hart, que não se pode dizer que são juridicamente válidas as regras da constituição que, por sua vez, dizem o que é direito vigente (Hart chama o conjunto delas de "rule of recognition"). Segundo Hart, elas são pressupostas como existentes, e sua existência é um fato ("a matter of fact")²¹. Todavia, a isso se pode objetar que a questão acerca da validade jurídica de uma constituição é comum e possível. Soar insólito e arti-

20. Ross, 1968, p. 156.

21. Hart, 1961, p. 107.

ficial se à pergunta sobre por que ele obedece à constituição, um juiz responder: "Obedeço à constituição não por ela ser juridicamente válida, mas exclusivamente porque meus colegas e eu a aceitamos e praticamos. Isso é um fato, e nada mais há a dizer." Por isso, cabe supor que o participante não rejeita a pergunta sobre a validade jurídica da constituição por ela ser destituída de sentido. Então, sua resposta poderia ser a seguinte:

(2") A constituição C foi votada pela assembleia constituinte, e os outros participantes do sistema jurídico aceitaram-na e praticam-na.

Esse enunciado é apenas uma concretização da segunda premissa no silogismo da norma fundamental de Kelsen:

(2) A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz.

Porém desse enunciado por si só não resulta nem o enunciado:

(3') A constituição C é juridicamente válida,

nem o enunciado:

(3) Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a C.

Para chegar de (2) ou de (2") a (3') ou a (3), há que se pressupor uma norma fundamental como (1). Assim como, partindo apenas de (2) ou de (2"), não se pode chegar a (3') ou (3), tampouco se pode, partindo apenas do enunciado:

(4) Pedro quer que eu lhe dê 100 marcos, inferir o enunciado:

(5) Sou obrigado a dar 100 marcos a Pedro.

No primeiro caso, a norma fundamental citada é necessária para possibilitar a transição; no segundo, seria necessária uma norma como:

(6) Sou obrigado a fazer o que Pedro quer.

Ainda que um legislador exprima não apenas uma vontade, mas também formule expressamente uma norma, não ocorre uma duplicação desnecessária. Suponhamos que Pedro, com base em sua própria autoridade, ou seja, sem se reportar ao direito, à moral ou às convenções sociais, diga-me que tenho a obrigação de lhe dar 100 marcos. Partindo-se unicamente de:

(4) Pedro me disse: "Você é obrigado a me dar 100 marcos",

não resulta:

(5) Sou obrigado a dar 100 marcos a Pedro.

Se assim fosse, as palavras por si só seriam capazes de fundamentar quaisquer obrigações de quaisquer pessoas. Para partir de (4') e chegar a (5), é necessária uma norma como:

(6') Sou obrigado a fazer aquilo que Pedro diz que sou obrigado a fazer.

Isso é uma duplicação, mas não é desnecessária.

Como conclusão, há que se reter duas teses. A primeira sustenta que o participante de um sistema jurídico deve pressupor uma norma fundamental se quiser dizer que uma constituição é juridicamente válida ou que um comportamento é juridicamente ordenado em conformidade com ela. A segunda diz que, para não interromper arbitrariamente a questão acerca da validade jurídica, é preciso que seja possível afirmar, como participante, que a constituição é juridicamente válida ou que o comportamento em conformidade com ela é juridicamente ordenado, o que pressupõe uma norma fundamental.

1.3. A possibilidade de uma norma fundamental

Um adversário da norma fundamental pode não apenas fazer a afirmação há pouco refutada de que uma norma fundamental é supérflua, como também objetar que a validade ou a existência de uma norma fundamental é impossível. Assim, Dworkin sustentou, contra a norma fundamental de Hart (*rule of recognition*), que o direito não pode ser identificado com base numa regra que se orienta pela legalidade conforme o ordenamento e pela eficácia social²². Essa objeção corresponde ao argumento dos princípios acima exposto²³. Segundo ele, também integra o direito a totalidade dos critérios que devem ser considerados para satisfazer a pretensão à correção, necessariamente vinculada ao direito. Com efeito, esses critérios não podem ser total-

22. Dworkin, 1984, pp. 81 ss., 111 ss.

23. Cf. *supra*, pp. 83 ss.

mente identificados com base numa regra que se orienta pela legalidade conforme o ordenamento e pela eficácia social.

Mesmo assim, o argumento dos princípios não elimina a possibilidade de uma norma fundamental. Ele mostra apenas que uma norma fundamental que só tome por base fatos empiricamente constatáveis (legalidade/eficácia) não é capaz de identificar totalmente o direito. O que essa norma fundamental pode identificar é, isso sim, o direito estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz. Por isso, ela deve ser interpretada de maneira que a legalidade conforme o ordenamento, juntamente com a eficácia social, constituam apenas uma condição suficiente, mas não necessária do pertencimento ao direito. Assim, com base no argumento dos princípios, não é válido o enunciado:

(1) Ao direito pertence *todo e apenas aquilo* que é estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz,

e sim um outro, atenuado:

(2) Ao direito pertence *todo* o que é estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz.

Como se mostrará na próxima seção, mesmo esse enunciado precisará ser ainda mais atenuado para fazer jus ao argumento da injustiça²⁴. Todavia, nos limites do enunciado (2), uma norma fundamental não apenas é possível, como também necessária para poder realizar a passagem de fatos empiricamente constatáveis para a validade jurídica.

24. A esse respeito, cf. *supra*, pp. 48 ss.

A desvantagem da norma fundamental limitada ao direito estabelecido conforme o ordenamento e socialmente eficaz consiste no fato de ela já não ser para o direito um critério supremo e completo de identificação. Com efeito, esse papel não lhe pode ser restituído em sentido pleno, mas apenas em sentido limitado. Para essa finalidade, nela devem ser inseridas cláusulas que considerem o argumento da injustiça e o dos princípios. Aqui, interessa-nos apenas o argumento desse princípio. Se incorporarmos o resultado desse argumento na norma fundamental, surgirá uma norma fundamental não positivista com a seguinte estrutura:

Se uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa constituição, tal como condiz com a pretensão à correção.

Essa formulação mostra que uma norma fundamental não positivista serve apenas para identificar o direito de modo limitado. A cláusula "tal como condiz com a pretensão à correção" remete a medidas morais sem nomeá-las nem indicar um critério com o qual possam ser claramente identificadas. Essa abertura é inevitável e só pode ser aceita porque existem regras do método jurídico que excluem a possibilidade de a abertura levar à arbitrariedade²⁵. Essas regras impedem sobretudo que as normas estabelecidas e eficazes possam ser arbitrariamente refreadas com a referência à pretensão à correção²⁶. Elas precisam fazê-lo pelo próprio fato de a segurança jurídica ser um elemento essencial da correção jurídica.

25. Cf. Alexy, 1991a, pp. 273 ss.

26. *Ibid.*, p. 305.

1.4. O conteúdo da norma fundamental

Segundo Kelsen, a norma fundamental é completamente neutra do ponto de vista do conteúdo:

"Não vem ao caso aqui saber qual o conteúdo dessa constituição e do ordenamento jurídico-estatal erigido em sua base, nem se esse ordenamento é justo ou injusto; tampouco importa que esse ordenamento jurídico garanta efetivamente uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ele constituída. No pressuposto da norma fundamental, não se afirma um valor transcendente ao direito positivo."²⁷ "Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito."²⁸

Isso contraria o argumento da injustiça, segundo o qual normas extremamente injustas não podem ter o caráter de normas jurídicas²⁹. Todavia, isso tampouco derruba a ideia de uma norma fundamental. Pode-se inserir na formulação da norma fundamental uma cláusula que considere o argumento da injustiça. Uma formulação que condiz tanto com o argumento dos princípios quanto com aquele da injustiça diz:

Se uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente o comportamento em conformidade com essa constituição, tal como condiz com a pretensão à correção, se e na medida em que as normas dessa constituição não forem extremamente injustas.

27. Kelsen, 1960, p. 204.

28. *Ibid.*, p. 201.

29. Cf. *supra*, pp. 48 ss.

Essa formulação refere-se apenas à constituição. As normas estabelecidas conforme a constituição serão abor-
dadas quando se discutir a definição de direito.

1.5 Status e funções da norma fundamental

1.5.1. Funções

A definição do *status* da norma fundamental é difi-
cultada pelo fato de ela ter três funções completamente
diversas a cumprir.

1.5.1.1. Transformação de categorias

A primeira função consiste em possibilitar a transi-
ção de um ser para um dever. Ser e dever são categorias
de um tipo muito diferente. Por isso, a primeira função
pode ser designada como "*transformação de categorias*"³⁰.
O passo para a entrada no reino do direito é realizado
com a interpretação de determinados fatos como fatos
criadores de direito.

1.5.1.2. Estabelecimento de critérios

A entrada no reino do direito não poderia ser reali-
zada se a norma fundamental permitisse interpretar
todo e qualquer fato, ou seja, por exemplo, toda mani-
festação de vontade superveniente como um fato cria-
dor de direito. Por isso, à norma fundamental compete
uma segunda função. Ela precisa determinar quais fatos
devem ser vistos como criadores de direito. Ao fazê-lo,

30. Cf. Aarnio/Alexy/Peczenik, 1983, pp. 19 ss.; Peczenik, p. 23.

estabelece os critérios do que é direito. Por essa razão, a
segunda tarefa pode ser chamada de "estabelecimento
de critérios". O critério de Kelsen, como se expôs, é o
"de uma constituição efetivamente estabelecida e glo-
balmente eficaz"³¹. Outra variante, em Kelsen, é a "pri-
meira constituição histórica"³². Critérios desse tipo con-
têm uma remissão. Dizem que o critério para [determi-
nar] o que é direito vigente são os critérios da constitui-
ção. Por conseguinte, Kelsen pode formular sua norma
fundamental de maneira que, em primeiro lugar, ela
possa ser facilmente aplicada e, em segundo, que ela pos-
sa ser aplicada a todos os sistemas jurídicos desenvolvi-
dos. No caso de Hart, é diferente: ele identifica sua nor-
ma fundamental (*rule of recognition*) com as regras da
constituição que dizem o que é direito. Com isso, a nor-
ma fundamental de Hart torna-se muito complicada,
aplicando-se apenas ao sistema jurídico respectivo. Nela,
só é geral o fato de todo sistema jurídico desenvolvido
ter de conter uma norma desse tipo. Tanto os critérios de
Kelsen quanto os de Hart são do tipo positivista. Como
se expôs acima, o argumento da injustiça exige uma li-
mitação dos critérios positivistas, e o argumento dos prin-
cípios, sua complementação.

1.5.1.3. Instituição da unidade

A terceira função está na *instituição da unidade*:

"Todas as normas cuja validade pode ser atribuída à
mesma norma fundamental formam um sistema norma-
tivo, um ordenamento normativo. A norma fundamental
é a fonte comum da validade de todas as normas inte-

31. Kelsen, 1960, p. 219.

32. *Ibid.*, p. 203.